

Мирко ЈОВАНОВИЋ,
адвокат, „JMS LAW OFFICE“, Београд

У ПРИЛОГ АУТОНОМИЈИ ВОЉЕ: ПОТПУНА ИЛИ ОГРАНИЧЕНА АКЦЕСОРНОСТ УГОВОРНЕ КАЗНЕ ЗА СЛУЧАЈ НЕИСПУЊЕЊА ОБАВЕЗЕ

Резиме

Примена правила о потпуној акцесорности уговорне казне за случај неиспуњења уговорне обавезе доводи до решења супротног основним начелима облигационог права у ситуацијама у којима главна обавеза престане због узрока за који дужник одговара. Такво стање довело је до неуједначености судске праксе и, следствено, правне несигурности у овој области. Нацрт Грађанског законика садржи неизмењене норме о акцесорности уговорне казне као и Закон о облигационим односима. Решења која су у раду предложена афирмишу слободу уговарања. Јасна одредба закона по којој би странке могле предвидети да ће уговорна казна бити плаћена и у случају да основна обавеза престане због узрока за који дужник одговара, или прописивање такве последице и за случај да је странке нису посебно уговориле, унапредило би пословну праксу и отклонило уочене недостатке досадашњег законског режима уговорне казне.

Кључне речи: акцесорност, уговорна казна, аутономија воље, обезбеђење уговора.

І Увод

Аутономија воље уговорних страна – једно од основних начела облигационог права, у примени је како приликом закључивања и одређивања садржине, тако и у случају измена или престанка уговора. Свој пуни израз слобода воље уговорних страна има у институту уговорне казне. Могућност да странке већ у време закључивања уговора за своје новчане обавезе одреде не само њихов потпун садржај, већ и последице за случај задоцњења или неиспуњења, странкама ставља на располагање

широк спектар средстава за јачање извесности да ће обавезе бити извршене, или накнада у случају њихове повреде брже и лакше остварена. Издвајање из општег, законом прописаног режима последица кршења уговора, и конкретизација тих последица, слободном вољом страна које се обавезују, без икакве сумње битно увећава изгледе да ће њихово понашање и током извршења обавеза, у највећој мери одговарати разумним очекивањима која су имале приликом склапања уговора.

Потреба за посебним обезбеђењем извршења обавеза настаје из различитих разлога: дужег временског периода од закључења до извршења уговора, значаја који за повериоца има уредно извршење престације дужника, неизвесности која проистиче из ранијег понашања дужника, прилика на тржишту, различитог времена доспелости међусобних обавеза, као и низа других. Може се уопштено рећи да та потреба расте геометријском прогресијом са умножавањем разлога који се појаве у конкретном случају (нпр. обавеза великог значаја за повериоца, проблематичног дужника, специфичног садржаја, плаћена знатно унапред).

Значај уредног извршења уговорне обавезе за повериоца понекад вишеструко превазилази вредност обавезе коју је сам уговором прихватио. Довољно је као пример навести ненајављен изостанак унапред плаћеног стручног преводиоца, за време кратке, дуго уговаране, посете важног пословног партнера из стране земље, који зна само свој језик. У време уговарања ове услуге, у условима конкуренције, наручилац ће за такву услугу платити редовну, релативно ниску цену. Неизвршење услуге, у описаним околностима, за наручиоца ће имати последице које се уопште не могу поредити са уговореном ценом услуге. Уговорна казна стога је широко прихваћена у пословној пракси, са врло различитим модалитетима. Следствено, из такве примене, проистекли су и бројни судски спорови.

II Акцесорност уговорне казне

Правила о акцесорности уговорне казне прописана су одредбама чл. 272. важећег Закона о облигационим односима.¹ Основно правило, у ставу 1, одређује да споразум о уговорној казни дели правну судбину обавезе на чије обезбеђење се односи. Допунским, у ставу 2, прецизирано је да споразум губи правно дејство ако је до неиспуњења или задоцњења

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99 и 44/99 – чл. 272.

дошло због узрока за који дужник не одговара.² Практичан домашај допунског правила није велики, јер у случају нескривљеног неиспуњења или доцње у највећем броју случајева престаје и основна обавеза дужника, чиме се он, и по општем правилу из става 1. чл. 272. ЗОО, ослобађа и обавезе плаћања уговорне казне. Одредба става 2. би свакако била примењена у случају уговорног сужавања дужникове одговорности за неиспуњење, у складу са одредбама чл. 265. ЗОО, у коме се дужник због обичне непажње не ослобађа саме уговорне обавезе, већ само обавезе да у таквом случају повериоцу надокнади штету. Применом правила из чл. 272. став 2. ЗОО дужник би у таквом случају, сем обавезе да плати штету, био ослобођен и обавезе плаћања уговорне казне, иако основна обавеза није престала.

Правила ЗОО о акцесорности уговорне казне у целини су, у облику у коме су изложена, садржана и у одредбама чл. 461. Нацрта Грађанског законика.³ Занимљиво је приметити да Опште узансе за промет робом,⁴ као извор облигационог права који је претходио ЗОО, у одредбама чл. 245 – 257 не садрже правило о акцесорности уговорне казне. Иако су остале одредбе Узанси о уговорној казни готово у целини садржински истоветне решењима које је усвојио и ЗОО, за разлику од правила из чл. 272. ЗОО о акцесорности, одредбом чл. 255. Узанси било је прописано само да поверилац уговорну казну може захтевати од тренутка падања дужника у доцњу.

Опште правило о зависности споразума о уговорној казни од правне судбине обавезе која је тим споразумом обезбеђена није изазивало никакве дилеме у судској пракси у случају ништавости главног уговора, или самог споразума о уговорној казни.⁵ Због недвосмисленог захтева о истоветности форме и изричитог искључења новчаних обавеза као предмета обезбеђења, и привредни и судови опште надлежности без изузетака су оглашавали ништавим бројне споразуме који су закључени у су-

2 Детаљније вид. Гордана Ајншилер Поповић, „Уговорна казна“, *Правни информатор*, бр. 3/2006, 3-12; Јожеф Салма, *Облигационо право (Општи део)*, Београд, 1988, 384.

3 Влада Републике Србије – Комисија за израду ГЗ, Грађански законик РС, Радни текст припремљен за јавну расправу, Београд, 29.05.2015, доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 11.04.2017, 176.

4 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54.

5 Интермекс – База судске праксе, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5092>, 11.04.2017.

протности са одредбама ЗОО.⁶ Дилема се појавила само у случају у коме је основна обавеза престала, али због узрока за који дужник одговара. Другим речима, пред судове се поставило питање, може ли поверилац у одређеним случајевима, и по престанку уговора, основано захтевати исплату казне уговорене за случај неиспуњења.

Питање је проистекло из низа животних ситуација у којима је дужник одговоран за неиспуњење обавезе из главног уговора обезбеђене уговорном казном, чиме су се стекли услови за примену овог средства обезбеђења. Поверилац у таквом случају, због искљученог кумулирања, може захтевати принудно извршење основне обавезе, или исплату уговорне казне. По општем правилу о акцесорности уговорне казне, да би поверилац задржао обе могућности, неопходан услов је да основни уговор буде на снази, тачније, да није престао било због ког разлога. Потпуна акцесорност уговорне казне подразумева да она престаје без обзира на узрок престанка основне обавезе.

Проблем са оваквим правилом најочигледнији је у случају престанка, по самом закону, основног уговора, због узрока за који дужник одговара. Такав престанак одредбом чл. 125. ЗОО прописује за све уговоре у којима је рок испуњења битан састојак уговора, по израженој вољи странака, или природи правног посла. Са протеком рока за испуњење обавезе обезбеђене уговорном казном, код оваквих уговора, дужник који одговара за неиспуњење, био би ослобођен не само основне обавезе, већ и обавезе да плати уговорну казну. Доследна примена правила о потпуној акцесорности у оваквим уговорима потпуно обесмишљава уговорну казну, јер се дужник те казне ослобађа и у случају намерног кршења основног уговора. Јасно је да таква могућност не одговара очекивањима уговорних страна, посебно повериоца, који је постизањем споразума о уговорној казни, у свему у складу са законом, оправдано очекивао и њену примену за случај неиспуњења за које је дужник одговоран. У описаним околностима, до престанка обавезе плаћања уговорне казне долази без икакве активности и улоге повериоца, искључиво због пропуста дужника. Парадоксално, и у супротности са основним начелима облигационог права, дужник се у оваквом случају скривљеним пропустом ослобађа до тада пуноважне уговорне обавезе да плати уговорну казну.

6 Интермекс – База судске праксе, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4884>, 11.04.2017.

Из претходне анализе логично проистиче и следеће питање: да ли је оправдано дужника ослободити обавезе плаћања уговорне казне и у другим случајевима престанка основног уговора и главне обавезе до кога је дошло због узрока за које дужник одговара? Да ли се из правила прописаног у одредби чл. 272, ст. 2. ЗОО, по коме споразум о уговорној казни остаје без дејства ако је до неиспуњења основне обавезе или задоцњења дошло због узрока за које дужник не одговара, *a contrario* може закључити да уговорна казна остаје у дејству ако до престанка основне обавезе дође због узрока за које дужник одговара? Питање се односи на честе ситуације у којима поверилац раскида уговор управо због неиспуњења обавезе за које дужник одговара.

По нашој оцени, примени једноставног *argumenta a contrario* и закључку који на први поглед проистиче применом овог аргумента из одредбе чл. 272, ст. 2. ЗОО, противна је садржина одредбе чл. 132, ст. 1. ЗОО, према којој се раскидом уговора обе стране ослобађају својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете. Због јасне разлике између уговорне казне и накнаде штете, која је детаљно прописана у одељку ЗОО о уговорној казни, сматрамо да се изузетак из чл. 272, ст. 2. ЗОО мора уско тумачити, и да се зато из њега, ваљаним тумачењем, не могу извести други закључци. Одредбом чл. 295, ст. 2. ЗОО такође је прописано да се престанком главне обавезе гасе јемство, залога и друга споредна права.

Остаје тако да се, примена одредбе чл. 272, ст. 1. ЗОО, о акцесорности уговорне казне, предвиђене за случај неиспуњења, размотри на практичном примеру, како би се сагледале њене последице. Поверилац који је у целини испунио своју обавезу, очекује да дужник обавезе обезбеђене уговорном казном о року испуни своју. Дужник обавезу без оправданог разлога не испуњава, чиме пада у доцњу. Поверилац му оставља и накнадни рок за испуњење, али без резултата. По протеклу накнадног рока, поверилац који је већ извршио у целини своју престацију, може да бира, или да тражи принудно извршење уговорне обавезе дужника или да тражи уговорну казну. Дилеме нема ако поверилац изабере уговорну казну и затражи њену исплату за време док је уговор на снази. Применом одредбе чл. 272, ст. 1. ЗОО, како је основни уговор на снази и споразум о уговорној казни има правно дејство, и може се и принудно остварити.

Проблем за повериоца у описаној ситуацији је што за време важења основног уговора он не може тражити враћање датог, дакле реституцију своје престације коју је извршио као страна у свему верна уговору. Неизвесно је, такође, до ког тренутка поверилац мора одржавати уговор

на снази, да ли је довољно да то чини до момента обавештавања дужника о свом избору, да уместо испуњења основне обавезе тражи уговорну казну, или до момента подношења тужбе, или, што је најлакше бранити, до момента закључивања главне расправе у парници за наплату уговорне казне, јер се тада постојеће чињенично стање узима као подлога пресуде. Очигледно је да оваква ситуација не може одговарати разумним очекивањима повериоца који је уговорном казном обезбедио извршење обавезе дужника. Ако оптира за принудно извршење основне обавезе, изгубио је могућност наплате уговорне казне и све предности које она носи. Уколико оптира за уговорну казну, а дужник одбије да је добровољно исплати, поверилац остаје у неизвесно дугом времену без могућности да тражи враћање онога што је, савесно извршавајући уговор, дужнику дао или учинио. У сваком случају, дужник, због своје несавесне радње, бива награђен, било тако што задржава престајацију коју је примио до закључивања расправе у поступку за наплату уговорне казне, било тако што се уговорне казне потпуно ослобађа, уколико поверилац, као мање зло, одабере принудно извршење основне обавезе дужника.

Принцип по коме нико не би требало да има користи од својих несавесних поступака доследно је примењен у бројним одредбама ЗОО. Тако се сматра да је услов остварен ако његово остварење несавесно спречи страна на чији је терет одређен, или да није остварен, ако његово остварење на исти начин проузрокује страна у чију је корист (чл. 74, ст. 4. ЗОО). Дужник одговара и за нескривљену немогућност испуњења, до које је дошло у доцњи за коју одговара (чл. 262, ст. 4. ЗОО). Исти принцип доследно је проведен и у бројним другим одредбама ЗОО. У напред описаним примерима догађа се управо супротно – дужник који не испуни основну обавезу и за то је одговоран, бива награђен, или ослобађањем од уговорне казне, или одлагањем реституције, на коју би иначе био обавезан већ у време раскида уговора. Потпуна акцесорност уговорне казне предвиђене за случај неиспуњења у случају раскида уговора до кога је довело несавесно понашање дужника, води тако до решења које је у директној противречности са једним од битних начела облигационог права.

Јасни су разлози због којих је законодавац, у случају уговорне казне због неиспуњења, искључио могућност кумулације захтева за извршење основне обавезе и захтева за исплату уговорне казне. Нејасно је, међутим, због чега уговорним странама није оставио бар могућност да споразумом о уговорној казни предвиде да ће он остати на снази и после престанка обавеза из основог уговора, уколико до раскида уговора дође

због узрока за које дужник одговара. Могло би се тврдити да већ сада, применом начела о аутономији воље (чл. 10. ЗОО) и диспозитивном карактеру одредби закона (чл. 20), те аналогijом са могућношћу да странке уговором уреде питања одговорности и обима накнаде штете због повреда уговора, (чл. 264, 265. и 266. ЗОО), странке могу уговорити да споразум о уговорној казни остаје у дејству и после престанка основног уговора. По нашој оцени, стилизација одредби чл. 272, ст. 1, чл. 132, ст. 1. и чл. 295, ст. 2. ЗОО у великој мери оставља отвореним питање да ли би такав споразум био законит. У сваком случају, до сада преовлађујући став о потпуној акцесорности уговорне казне, води закључку да је у питању императивно правило и да га странке својом сагласношћу не могу мењати.

У страној пословној пракси, према искуству аутора, уобичајено је прецизно уговарање, поред осталог и последица до којих ће доћи у случају повреда или потпуног неиспуњења уговорних обавеза, из најразличитијих разлога. Сваки значајнији уговор садржи обично и лепезу разноврсних санкција о којима странке марљиво преговарају, чинећи тако уговорни однос целином која је њиховом слободном вољом уређена и за врло различите ситуације до којих може доћи током извршавања обавеза. Споразуми о врсти и висини накнаде штете, ограничавању њеног износа, па и уговорној казни, у таквим правним пословима представљају интегрални део уговора који се не раздваја од дела којим су утврђене основне уговорне обавезе. Изричито уговорену последицу за случај престанка основне обавезе из одређеног разлога, предвиђену слободном вољом обе странке, у таквом амбијенту, вероватно нико не доводи у сумњу.

Уговорна казна је у домаћој пословној пракси много ређе у примени. Поред осталих разлога, уздржавању у примени свакако су допринеле и изложене рестрикције прописане одредбама ЗОО, као и однос судске праксе у примени уговорне казне.

III Неуједначеност судске праксе

Врховни суд Србије, и касније Врховни касациони суд, у својој пракси доследно је примењивао принцип потпуне акцесорности уговорне казне. У расположивим електронским базама судске праксе, као и претрагом на интернет страници овог суда, није могуће пронаћи одлуку у

којој је споразуму о уговорној казни признато правно дејство по престанку основног уговора, без обзира на разлог тог престанка.⁷

Привредни апелациони суд је до 2012. године на исти начин тумачио правило о акцесорности уговорне казне. Као разлог безусловне примене одредбе чл. 272, ст. 1. ЗОО навођена је сврха уговорне казне, обезбеђење извршења обавезе, за којим престаје потреба престанком уговора.⁸

Током 2013. и 2014. године, Привредни апелациони суд је, у више различитих већа, доносио одлуке супротне садржине.⁹ У образложењима је наведено да је одредбама ЗОО, у случају уговорне казне због неиспуњења, изричито прописано само искључење кумулације захтева за извршење основне обавезе и уговорне казне. У одсуству изричите одребе ЗОО, суд је нашао да раскидом уговора због неиспуњења обавезе дужника поверилац не губи право да тражи наплату уговорне казне.¹⁰ У предметима у којима није била дозвољена ревизија, што је због високог цензуса у привредним споровима чест случај, оваквим одлукама спорови су и окончани.

Учесталост спорова о наплати уговорне казне и разлике у дотадашњој судској пракси, довеле су до постављања питања првостепеног привредног суда које је разматрано на XXII Саветовању судија привредних судова на Златибору, у септембру 2014. године.¹¹ У радном материјалу, као и током дискусије на Саветовању, понуђен је одговор по коме поверилац који због неиспуњења уговорне обавезе дужника раскине уговор, не губи право на наплату уговорне казне. И поред таквог одговора, који је понуђен без алтернативе, и дискусије у којој је предлог одговора подржан, на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда у новембру 2014. године, одговор на ово питање једноставно ни-

7 Врховни касациони суд – База судске праксе, доступно на <http://www.vk.sud.rs/sr-прев-1142015-уговор-о-продаји>, 11.04.2017; Врховни касациони суд – База судске праксе, доступно на <http://www.vk.sud.rs/sr/node/17052>, 11.04.2017.

8 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2413/2012 од 17.05.2013, *Правни информатор*, бр. 10/2013, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/45408> 11.04.2017.

9 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 6351/2912 од 25.07.2013, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр.4/2013, доступно на: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/> - Судска пракса, 11.04.2017.

10 Решење Привредног апелационог суда Пж. 1724/2013 од 13.06.2014. године, доступно на: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 11.04.2017. године.

11 Привредни апелациони суд, XXII Саветовање судија привредних судова Републике Србије, Питања и одговори, Радни материјал, Златибор, септембар 2014. године, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/42510>, 11.04.2017. године.

је усвојен. Образложење разлога јавно није доступно, али је приметно да је у Билтену у коме су објављени одговори на сва остала постављена питања, одговор на ово питање изостао.¹² Вероватно због овог разлога, и Привредни апелациони суд се од 2015. године враћа ставу о потпуној акцесорности уговорне казне, дакле о престанку права на њену наплату без обзира на узроке који су довели до престанка основне обавезе.¹³

Сувишно би на овом месту било објашњавати какву правну несигурност уносе дијаметрално супротни ставови највиших судова о истом правном питању. Очигледно је да су такви ставови последица супротстављених, али врло озбиљних, аргумената, који су и за један и за други став већ разматрани у теоријским радовима.¹⁴

IV Предлог решења

Аргументи који су у највећој мери већ изложени, као и неуједначеност досадашње судске праксе, указују на потребу да се у току јавне расправе о Нацрту грађанског законика предложе допуне у чл. 461, сада истоветном чл. 272. ЗОО, којима би били отклоњени уочени недостаци досадашњег режима акцесорности.

По нашој оцени, потпуно решење би било додавање става 3. у чл. 461. Нацрта, који би гласио: „Споразум остаје на снази уколико је до престанка обавезе обезбеђене уговорном казном дошло због узрока за који дужник одговара.“

Предложеним текстом, по нашој оцени, биле би обухваћене све претходно анализирани ситуације у којима до престанка основне обавезе дође кривицом дужника. То су пре свега престанак тзв. фиксног уговора самим протеком рока који је битан састојак, потом раскид уговора који поверилац изврши због скривљеног неиспуњења главне обавезе дужника, као и случај поништења уговора због преваре коју је извршио дужник приликом закључивања уговора.

12 Привредни саветник, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2014, Београд, 2014. доступно на: http://www.privsav.rs/pages/Casopisi/SPTS2014/sadržaj_spts_4_2014.html, 11.04.2017. године.

13 Пресуда привредног апелационог суда Пж. 9664/2013 од 20.03.2015. године, доступна на: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 11.04.2017. године.

14 Ненад Грујић, „Право на уговорну казну у случају раскида уговора због неиспуњења“, *Правни записи*, бр. 2/2016, доступно на: <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/2217-2815/2016/2217-28151602339G.pdf> 11.04.2017. године.

Уколико би ово решење било оцењено као превише радикално у односу на досадашњу, устаљену судску праксу, као алтернатива би могао бити предложен следећи текст: „Споразум остаје на снази уколико обавеза обезбеђена уговорном казном престане раскидом уговора због узрока за који дужник одговара“. Овом алтернативом била би искључена могућност опстанка уговорне казне после престанка уговора поништењем до кога је дошло кривицом дужника.

Најмање одступање од досадашњег режима представљало би додавање сагласности странака приликом закључивања споразума о уговорној казни, напред изложеним елементима. Тако би текст ст. 3. чл. 461. могао да гласи: „Странке споразумом о уговорној казни могу предвидети да тај споразум остаје на снази и уколико обавеза обезбеђена уговорном казном престане због узрока за који дужник одговара“.

По мишљењу аутора, пословну праксу би знатно унапредило већ и најблаже предложено решење. Јасна одредба закона којом би странкама била дата могућност да исказаном сагласношћу воља могу целовито уредити уговорни однос, укључујући и последице кршења обавеза, отклонила би постојеће дилеме и довела до чешће примене уговорне казне. Детаљно нормирање одговорности дужника за неиспуњење или задоцњење у испуњењу обавеза, омогућава да се, коришћењем тих института, и без посебног исказивања сагласности воља уговорних страна, пропише прво од предложених решења. Дужник тако никада не би био награђен за скривљено неиспуњење уговорне обавезе, што је у потпуном складу са прокламованим циљевима Грађанског законика.

Mirko JOVANOVIĆ,
Attorney at JMS Law Office

**IN FAVOUR OF AUTONOMY OF CHOICE:
COMPLETE OR LIMITED ACCESSORY OF LIQUIDATED
DAMAGES IN THE CASE OF FAILURE OF OBLIGATION
PERFORMANCE**

Summary

Application of rules on complete accessory character of liquidated damages in case of failure of obligation performance due to the reasons the debtor is

responsible for, leads to the solution which is opposed to the basic principles of obligation law. This situation leads to the inequality of the court practice and consequently, legal uncertainty in this area of law. The draft of the Civil Code contains the same provisions on the accessory character of liquidated damages as the Law on obligations. The solutions suggested in the paper affirm the freedom of contracting. The explicit provision stating that the parties are authorized to predict that liquidated damages would be paid even in the case of termination of main obligation due to reasons that the debtor is responsible for, or prescribing such a consequence if the parties would not explicitly agree on the same, would upgrade the business practice and prevent detected shortage of the present regime of the liquidated damages.

Key words: *accessory character liquidated damages, the autonomy of choice, the contracts securing.*